

Aan dtkv De Raad van Ministers  
De Minister van Verkeer, Vervoer  
en Ruimtelijke Planning  
Mevr. Zita Jesus-Leito  
Berg Arrarat Perceel C  
Alhier

Uw nummers (letters): 2019/044806 Uw brief van: 1 november 2019 Ons nummer: 07112019.01 Willemstad, 7 november 2019  
Onderwerp: Reactie C-Post op advies SBTNO vrijwaring C-Post in zake duurtetoelag  
Bijlage(n):

Middels omslag van de Minister van Verkeer, Vervoer en Ruimtelijke Planning (hier: de Minister) van 1 november 2019 met zaaknummer 2019/044806 ontvangen op 5 november 2019 heeft de Minister SBTNO advies gevraagd naar aanleiding van het schrijven van C-Post d.d. 23 oktober 2019 Refno. 477/19 als reactie op het advies van SBTNO d.d. 29 mei 2019, nummer 29052019.

In vervolge van het eerder advies van de adviseur d.d. 29 mei 2019 nummer 29052019.01 welke als integraal onderdeel van dit advies moet worden beschouwd zal de adviseur hierbij reageren en advies uitbrengen op de kernvraag zoals neergelegd in de reactie van C-Post. Het voorgaande impliceert niet dat de adviseur zich kan verenigen met het overige wat gesteld wordt in het schrijven van C-Post doch dat de adviseur zich zal beperken tot de voor het vraagstuk relevante passages in de reactie van C-Post.

C-Post is het met de adviseur en WJZ eens dat het niet mogelijk is om vrijwaring te geven voor reeds afgesloten jaarrekeningen die al door alle daartoe bevoegde organen van de Corporate Governance structuur afdoende behandeld, goedgekeurd en vastgesteld zijn.

C-Post stelt in hun schrijven dat het vraagstuk die thans beantwoord dient te worden het volgende betreft:

"(...)

Het gaat louter en alleen om de juiste juridische interpretatie van het eerder aangehaalde artikel 2.6.5-a van de concessieovereenkomst tussen de Government (destijds de openbare rechtspersoon de Nederlandse Antillen, thans de openbare rechtspersoon Curaçao enerzijds en de operator CPIL anderzijds. Artikel 1.5, 2e alinea van de Agreement for Concession Contract to provide Postal and Postal Banking Services in the Netherlands Antilles)

[concessieovereenkomst] bepaalt: 'As of the Transfer Date, Government agrees that CPIL wil assign this Agreement to Operator. Artikel 1.1 Definitions van de concessieovereenkomst omschrijft 'Operator' als volgt: "'Operator" means the legal entity incorporated in the Netherlands Antilles for the purposes of carrying out the obligations, and exercising the rights, associated with this Agreement'. Het voorgaande in acht nemende kwalificeert artikel 2.6.5.a van de concessieovereenkomst (paragraaf "Existing Liabilities") als een zogenoemde condition precedent voor de verdere invulling en uitvoering van de concessieovereenkomst. De vrijwaring aan CPIL is ex-artikel 1.5 van de concessieovereenkomst overgedragen aan NPNA, thans geheten Cpost.

"(...)"

Als eerste zij gesteld dat het advies van 29 mei 2019 van de adviseur niet slechts gestoeld is op het besluit van de raad van Ministers d.d.15 mei 2019 maar in het bijzonder op het advies van WJZ d.d.27 februari 2019 met zaaknummer 2018/016326 waarin WJZ de Minister in overweging geeft bij de adviseur ter zake advies in te winnen alvorens voor enig verklaring van vrijwaring voor C-Post de goedkeuring van de Raad van Ministers te verzoeken. Het advies van de adviseur is in dat kader verstrekt op grond van artikel 4 lid 1 van de Landsverordening Corporate Governance. Het gestelde in het schrijven van C-Post dat het advies van de SBTNO gestoeld zou zijn op veronderstellingen en alzo is gegeven op een door SBTNO zelf ingevulde vraagomschrijving met een zelf ingevulde doelwerking is dan ook onbegrijpelijk. Wellicht dat C-Post geen kennis heeft genomen van het gestelde in de laatste alinea van het advies van WJZ d.d. 27 februari 2019.

Met betrekking tot het vraagstuk stelt C-Post in hun schrijven onder andere het volgende:

“(…)

Artikel 1.1 Definitions van de concessieovereenkomst omschrijft 'Operator' als volgt: "'Operator' means the legal entity incorporated in the Netherlands Antilles for the purposes of carrying out the obligations, and exercising the rights, associated with this Agreement'.

Artikel 1.5, 2 e alinea van de concessieovereenkomst bepaalt: 'As of the Transfer Date, Government agrees that CPIL will assign this Agreement to Operator'.

Als reeds uiteengezet is de "Operator" de door CPIL opgerichte vennootschap Nieuwe Post Nederlandse Antillen N.V., aan welke vennootschap als concessiehouder, ex-artikel 1.5 van de concessieovereenkomst de rechten uit die overeenkomst door CPIL (met contractuele goedkeuring van het Land de Nederlandse Antillen) zijn overgedragen.

Als zodanig geldt de vrijwaring van alle verplichtingen van vóór de Transfer Date door Government wel degelijk voor de operator/vennootschap ( i.c. NPNA/Cpost) van de post concessie

(…)"

C-Post stelt verder in hun schrijven dat zij geen verzoek indienen voor vrijwaring doch dat zij reeds op grond van het voorgaande gevrijwaard zouden zijn voor de verplichting tot betaling van duurtetoeslag. Er wordt gesteld dat de Externe Accountant bij het opstellen van de jaarrekening 2012 in principe akkoord is gegaan met het standpunt van de Directie doch heeft de accountant als voorwaarde gevraagd voor een erkenning van deze verplichting van de overheid op grond van de concessie.

C-Post stelt ook dat er geen sprake is van het vervallen van de concessieovereenkomst c.q. looptijd hiervan op 3 april 2008 is verstreken toen er met de overdracht van de aandelen van NPNA door CPIL aan de Overheid een wijziging in aandeelhouderschap van de vennootschap gerealiseerd werd. In het verlengde hiervan stelt C-Post dat zelfs indien de concessieovereenkomst is komen te vervallen bij het overdragen van de aandelen in NPNA aan de Overheid dat het niet met zich meebrengt dat de overdracht van de contractuele rechten aan NPNA als de Operator, en daarmee ook de contractuele vrijwaring van NPNA als de Operator, ook is komen te vervallen.

C-Post stelt verder dat niet CPIL als aandeelhouder, maar de Operator, derhalve de vennootschap NPNA/Cpost is gevrijwaard van alle verplichtingen die hun oorsprong vinden in de periode vóór 1 mei 2003 .



De adviseur kan enigszins het betoog van C-post volgen dat CPIL de vrijwaring voor de duurtetoeslag niet slechts voor zichzelf heeft bedongen maar ook voor de "Operator" NPNA, dan wel dat CPIL deze rechten zou hebben overgedragen aan NPNA, nu C-Post. Dat het voorgaande niet met zekerheid vaststaat volgt echter ook uit het feit dat de accountant van C-Post gevraagd heeft voor een erkenning van deze vrijwaring door de overheid op grond van de concessie.

Voor zover het betoog van C-Post standhoudt dat de vrijwaring verstrekt aan CPIL overgegaan is op NPNA dan wel ten behoeve van NPNA's bedongen, is het de vraag of deze vrijwaring gekoppeld is aan de looptijd van de concessieovereenkomst. C-Post stelt zich op het standpunt dat het voorgaande niet afhankelijk is van de looptijd van de concessieovereenkomst dan wel dat de concessieovereenkomst niet is komen te vervallen bij de aandelenoverdracht en dat de vrijwaring nimmer is komen te vervallen.

In artikel 1.1 "definition" van de concessieovereenkomst tussen CPIL en het Land Nederlandse Antillen staat het volgende vermeld:

"(...)

"Concession Contract" means a long-term contract in effect during the Concession Contract Period, in which a legal entity, herein referred to as "Operator", takes over the responsibility of providing postal services and other services (as defined in this Agreement) throughout the Netherlands Antilles. As of the Transfer Date, Operator is required to bear the commercial and financial risks and responsibilities associated with the operation of the services it provides subject to the terms and conditions set out in this Agreement;

(...)"

Op grond van deze definitiebepaling zou echter betoogd kunnen worden dat hetgeen in de concessieovereenkomst is overeengekomen slechts geldt voor de looptijd van de concessieovereenkomst en dat de hieruit voortvloeiende verplichtingen derhalve wel na het eindigen van de concessieovereenkomst zijn vervallen. Immers je kunt niet meer rechten overdragen dan je hebt. CPIL had deze rechten slechts voor de looptijd van de concessieovereenkomst.

Bij interpretatie van hetgeen in een overeenkomst met elkaar is overeengekomen geldt het zogenaamde Haviltex-criterium waarbij de bedoeling der partijen bij het afsluiten van de overeenkomst boven de letterlijke tekst van het contract gaat. Bij de uitleg van een contract moet niet alleen naar de letterlijke bewoordingen worden gekeken, maar ook naar de bedoeling van partijen en naar hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

De adviseur beschikt niet over de historische stukken om te kunnen beoordelen wat de bedoeling der partijen is geweest bij het aangaan van de concessieovereenkomst. Het feit dat de Minister het verzoek van de C-Post tot vrijwaring dan wel erkenning van de vrijwaring niet aan de Raad van Minister heeft voorgelegd ter goedkeuring maar hieromtrent eerst advies heeft gevraagd aan WJZ en vervolgens aan de adviseur is wellicht gelegen in het feit dat de Minister niet dan wel nog niet kan verenigen met de zienswijze van C-Post.

WJZ heeft in zijn adviezen van 27 februari 2019 noch in hun advies van 12 september 2018 geadviseerd over de vraag of uit de concessieovereenkomst met CIPL reeds een vrijwaring voor NPNA/C-Post met betrekking tot de duurtetoeslag voortvloeit dan wel of de overheid hieromtrent nog een erkenning dient te geven. WJZ heeft zich ook niet uitgelaten over de vraag of met het eindigen van de concessieovereenkomst al de daarin vervatte verplichtingen waaronder de vrijwaring zijn komen te vervallen. Geadviseerd wordt om WJZ op grond van bij de overheid bekende historische gegevens van de totstandkoming van de concessieovereenkomst alsnog hieromtrent advies te vragen.



Gezien het feit dat een erkenning door het Land dat uit de concessieovereenkomst een vrijwaring van C-post voor de duurtetoeslag inhoudt mogelijke (verstreckende) financiële gevolgen voor het Land met zich meebrengt, adviseert de adviseur de Minister om tevens bij het Minister van Financiën hieromtrent advies in te winnen.

Volledigheidshalve brengt de adviseur onder uw aandacht dat het niet erkennen van de vrijwaring voortvloeiende uit de concessieovereenkomst direct dan wel op termijn financiële implicaties zal hebben voor C-Post welke ten laste komt van het bedrijfsresultaat van C-post. Gezien het feit dat het Land de enige aandeelhouder is van C-Post kunnen de financiële implicaties voor C-Post ook financiële gevolgen voor het Land met zich meebrengen.

De adviseur ziet vooralsnog geen reden om op het in het advies van 29 mei 2019 ingenomen standpunt terug te komen, doch adviseert de adviseur de Minister om ter zake alsnog advies in te winnen bij WJZ en het Ministerie van Financiën.

SBTNO

De adviseur corporate governance